





A RELEVÂNCIA DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE RELEVANCE OF ADMINISTRATIVE OPTIONAL ACTION ON THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Felipe Chiarello de Souza Pinto^I 

Larissa Dias Puerta dos Santos^{II} 

Mayara Ferrari Longuini^{III} 

^I Universidade Presbiteriana Mackenzie, Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: chiarello.felipe@gmail.com

^{II} Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutoranda em Direito Político e Econômico. E-mail: larissapuerta0904@gmail.com

^{III} Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutoranda em Direito Político e Econômico. E-mail: mayaralonguini@gmail.com

Resumo: Revisitando a compreensão doutrinária a respeito da discricionariedade dos atos administrativos exarados pela Administração Pública, bem como o possível controle, interno e externo, à que estes mencionados atos estão sujeitos, pretende esclarecer os elementos aptos a diferenciar as espécies de atos administrativos expedidos pela Administração Pública e classificados pela doutrina atual. O presente artigo foi elaborado no sentido de proceder à uma revisão bibliográfica da atuação administrativa pública que visa atingir os interesses públicos da sociedade. Diferenciando as espécies de atos administrativos, pretende-se efetuar a classificação deles. Demonstra as formas de controle passíveis de serem realizadas para os atos expedidos pela Administração Pública, visando a melhor gestão administrativa possível. No intuito de condensar opiniões específicas sobre o tema abordado, pauta-se na compreensão efetuada por administrativistas demonstrando que, ao revés do que se acredita, especificamente na temática dos atos administrativos, os pensadores da área estão, em sua maioria, defendendo um mesmo ponto de vista. Encerra o ensaio com a compreensão de que as Políticas Públicas governamentais são implementadas por intermédio de atos administrativos, e que a constante judicialização desta temática, em verdade, acaba por implicar no atual protagonismo do Poder Judiciário acerca desta questão.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa. Controle da Administração. Políticas Públicas.

Abstract: Revisiting the doctrinal understanding regarding the discretion of the administrative acts formally drawn up by the Public Administration as well as the possible control, internal and external, to these mentioned acts are subject, it is intended to clarify the suitable elements to differentiate the kinds of administrative acts issued by Public administration and classified by current doctrine. It is this article written in order to carry out a literature review of public administrative action aimed at achieving the public interest of society. Differentiating kinds of administrative acts, want to sort them. Demonstrates the forms of control that can be performed for the acts issued by public authorities, aiming at the best possible administration. In order to condense specific opinions on the topic discussed, and based on comprehension by theoretical demonstrating that the reverse of what is believed, specifically on the topic of administrative acts, the researches of the area are mostly defending the same point by sight. Terminates the test with the understanding that government public policies are implemented through administrative acts, and that the constant legalization of this issue, in fact, turns out to involve the current prominence of the judiciary on this issue.

Keywords: Administrative optional action. Control of management. Public policy.

Sumário: 1 Introdução; 2 Limites da discricionariedade administrativa e o “poder” discricionário; 3 Possível atuação para o controle dos atos administrativos expedidos pela administração pública; 4 Extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários; 5 Possibilidade de controle judicial de atos administrativos que visam o implemento de políticas públicas; 6 Conclusão; Referências.

1 Introdução

O presente artigo se propõe ao exame da possibilidade de controle judicial dos atos administrativos exarados pela Administração Pública no sentido de concretizar políticas públicas idealizadas para a consecução do desenvolvimento econômico e social nacional. Ventilando novos paradigmas de democracia e desenvolvimento, procura-se demonstrar a necessidade de compreensão da participação do Judiciário como importante ator político na efetivação destes ideais, como condição essencial ao êxito das tentativas desenvolvimento nacional.

Procedendo a um recorte de espaço temporal nessa análise, observa-se que houve uma importante transformação do papel do Judiciário na apreciação das políticas públicas idealizadas pelos Poderes Executivos com relativo protagonismo ao pronunciar-se sobre questões que deveriam ser afetas exclusivamente aos grupos políticos democraticamente eleitos para a gestão pública.

Delineia-se, portanto, a precariedade das bases sobre as quais se assentam a democracia e o desenvolvimento tanto no âmbito executivo quanto no âmbito legislativo de decisões políticas afetas à concretização do bem comum. Assim, discute-se a possibilidade de os processos de integração, como condição essencial ao seu êxito, potencializarem as interações entre democracia e desenvolvimento econômico nos cenários públicos de discussão dos poderes.

Desse modo, pretende-se demonstrar – assumindo o risco de cometer equívocos – que a construção do processo democrático e de um projeto de desenvolvimento nacional no âmbito interno dos entes federativos em todas as esferas de poder, dependerá do modo de discussão desempenhada pela atuação de cada um dos poderes, respeitando e se adequando ao papel que deveriam desempenhar.

2 Limites da discricionariedade administrativa e o “poder” discricionário.

O ato administrativo discricionário dependerá de avaliação da conveniência e oportunidade a serem realizadas pelo administrador para que seja realizada a sua devida expedição. Assim, a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não foram previamente definidos pelo legislador.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de

conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se à expressão ato discricionário como uma forma sintetizada de dizer “ato praticado no exercício de competência discricionária”, esclarecimento esse que por si só já resolveria uma grande celeuma de divergências doutrinárias criadas atualmente em torno deste conceito.

Com efeito, a dicção ato discricionário, só pode ser tolerada como forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção” e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos².

A diferença basilar entre ambos consiste em que no ato vinculado a Administração não dispõe de nenhuma liberdade, visto que a lei já determinou previamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado pelo administrador, enquanto no ato discricionário a lei deixa ao administrador certa margem de liberdade para escolher em face do caso concreto, lhe impondo ao mesmo tempo que lhe faculta, a utilização de critérios próprios para analisar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser a melhor forma de atingir o interesse público que a lei visa concretizar, em suma, o que os distingue é a liberdade de ação.

Encarado por parte da doutrina como um poder inerente à Administração, a discricionariedade é vista como uma prerrogativa concedida ao administrador para que possa agir objetivando a concretização do interesse público.

A *supremacia do interesse público sobre o privado* é que dá supedâneo à essa atuação superior da Administração Pública frente aos interesses dos particulares, sendo o poder de atuação discricionária apenas mais um dos poderes inerentes à Administração previstos em nosso ordenamento.

Em razão da forma pela qual o legislador optar por regulamentar a atuação administrativa, remanesce atuação discricionária quando existe uma contrapartida, para o administrador, um âmbito de liberdade em que será observada a interferência de análise subjetiva quanto à melhor maneira de proceder no caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Nesses casos fala-se que a Administração detém um “poder”.

É correto afirmar, porém, que esse poder encerra em verdade um dever, visto que a Administração, tem aqui o dever de buscar as melhores alternativas para a realização efetiva do interesse público.

[...] o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico. [...] ‘Poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal³.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 424.

² Id. *Ibid.*, p. 424.

³ Id. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

Em face do que se expõem, é oportuno citar o conceito de discricionariedade elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, **dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis**, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁴ (g.n.).

A discricionariedade como poder que a Administração detém para atender os interesses da coletividade, não é absoluta e intocável, motivo pelo qual se não for utilizada para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do Judiciário.

A discricionariedade pode resultar de opção expressa na lei, visto que neste caso o legislador confere a liberdade de escolha ao administrador, do emprego na lei de conceitos jurídicos indeterminados ou ainda da impossibilidade lógica de o legislador prever todas as formas possíveis de atuação administrativa, como será analisado a seguir.

Em conclusão, é possível afirmar que a “discricionariedade existe unicamente para proporcionar em cada caso concreto uma escolha ótima a ser realizada pelo administrador⁵”, isto é daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei autorizadora da expedição do ato.

As causas geradoras da discricionariedade, de acordo com as análises elaboradas pelos doutrinadores, podem decorrer de três situações diferenciadas: a opção expressa na lei, os conceitos jurídicos indeterminados e a impossibilidade lógica de prever todas as formas de atuação administrativa.

Da opção expressa na lei, extrai-se que do próprio comando normativo, quando nele se houver aberto para o agente público alternativas de conduta, seja quanto a expedir ou não o ato, seja por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória mediante as circunstâncias.

Conclui-se que a discricionariedade é uma técnica utilizada intencionalmente pelo legislador para transferir ao administrador público a escolha da solução mais apropriada para atender a finalidade legal, porque ele é o agente público que está em contato direto com os reclamos da sociedade.

Com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, afirma-se que são *termos ou expressões* contidas em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. Em síntese, a lei define o motivo utilizando noções vagas ou vocábulos plurissignificativos.

⁴ Id. *op. cit.*, p. 48.

⁵ Id. *Curso...*, *op.cit.*, p. 436.

Sempre que o legislador outorga uma competência, é obrigado a fazê-lo por meio de dispositivos legais traduzidos em conceitos jurídicos cujo o grau de imprecisão determinará invariavelmente a natureza discricionária da competência atribuída.

A título de exemplo é possível mencionar que os valores “segurança pública”, “moralidade pública”, “higiene pública”, “salubridade pública”, “comportamento indecoroso”, “notável saber jurídico”, “bons costumes”, “ordem pública”, ou simplesmente “interesse público”, comportam, realmente, intelecções não necessariamente uniformes, pois, como as realidades para as quais apontam são suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis, dando ensejo a opiniões divergentes sobre o fato de terem ou não se configurado.

É importante esclarecer que termos imprecisos, como os mencionados, comportam interpretações dos mais variados sentidos, ao mesmo tempo que excluem completamente alguns significados. Por isso, certos doutrinadores explicam que existem zonas de entendimento, onde certas interpretações ficam totalmente excluídas, enquanto outras recaem numa zona cinzenta que pode ser atribuída ao conceito adotado, dependendo do parâmetro de interpretação.

Alado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia discricionariedade⁶.

Exemplo corrente e extremamente elucidativo é o informado por Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito da expressão “moralidade pública”⁷. Caso ela seja pleiteada em um templo sagrado terá conotação diversa daquela adotada aos frequentadores de uma praia.

Existe, nesse caso, uma *impossibilidade lógica* de suprimir a discricionariedade em razão da inevitabilidade que esses conceitos imprecisos trazem ao ordenamento jurídico, em razão das diversas interpretações que as pessoas podem fazer, não tendo o legislador como impedir o surgimento da margem de liberdade inerente à outorga legal de atribuições administrativas.

Da impossibilidade lógica de prever todas as formas de atuação administrativa é possível extrair que ao legislador seria impossível disciplinar adequadamente a enorme variedade de circunstâncias fáticas concretas relativas ao exercício da função administrativa, sendo mais razoável conferir competências flexíveis passíveis de adaptação à realidade dos fatos.

Encarece o Professor Queiró a inviabilidade jurídica, em regime de Poder Tripartido, da supressão da discricionariedade, pois, para evitá-la, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa.⁸

⁶ Id. *Curso...*, *op.cit.*, p. 957.

⁷ Id. *Ibid.*, p. 955.

⁸ Id. *Ibid.*, p. 956.

No regime da separação de poderes, o legislador está impossibilitado de esgotar no plano da norma, a disciplina de todas as situações concretas relativas aos assuntos administrativos.

3 Possível atuação para o controle dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública

Controles da Administração tratam-se dos poderes de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade da sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico⁹.

Odete Medauar sublinha que no direito administrativo o termo controle não está adstrito a uma ou duas concepções, abrindo um “enorme leque de alternativas de fiscalização da Administração Pública”, tendo por isso ‘caráter multifário’. [...] anota que o controle é a verificação da conformidade de uma atuação (uma função própria ou alheia) a determinados cânones, ou, mais especificamente, como expõe Marcel Waline, a uma norma¹⁰.

Estes controles existem com o intuito de impedir que a Administração se desvirtue de seus objetivos principais, evitando assim que sejam desatendidos os ditames legais com a consequente ofensa de interesses públicos ou particulares.

A finalidade do controle é a de garantir que a Administração Pública aja respeitando os ditames que lhes são impostos através dos princípios e normas que necessariamente deve respeitar, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, entre outros.

O controle administrativo passou a se inflar em razão do crescimento estatal, ou seja, do grande aparelhamento burocrático que o sistema público passou a ser dotado. O Estado, na concepção liberalista, teve um caráter meramente observador das práticas mercadológicas, ao passo que, com a crescente necessidade de intervenção, aumentou também o incentivo da população para intervenção estatal.

O controle pode ser exercido interna ou externamente, pela própria administração que expediu o ato questionável, ou por quaisquer órgãos aptos à exercer o controle externo, tais como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Internamente, numa constante fiscalização dos atos que expede, existirá o controle Administrativo.

Controle Administrativo é aquele inerente ao poder de autotutela da Administração, assim sendo, considera-se todo controle realizado dentro do próprio âmbito de decisão do Poder Público, seja ele referente ao Executivo, Legislativo ou Judiciário. Segundo Hely Lopes Meirelles, controle administrativo é

[...] todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 808.

¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público (Ministério Público defensor do povo)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 03.

de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito.¹¹

Cada ente do Poder Público é dotado de uma Administração interna independente das demais, sendo que cada parcela dessa organização deve tomar diversas decisões relativas a maneira como pretende atuar, levar a efeito suas decisões para a concreção dos objetivos a que se propõe. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro,

[...] pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela (Administração) exercem os órgãos do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico¹².

A Administração Pública possui um âmbito de discricionariedade diverso daquele que é permitido ao particular. Para esclarecimento, explique-se que ao particular é permitido fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe, enquanto que a Administração só poderá agir expressamente quando a lei autorizar sua atuação.

Assim sendo, fica evidente concluir que a Administração Pública deve sempre respeitar os termos definidos na lei, ainda que essa autorização legal dê ao administrador certa margem de discricionariedade.

O controle administrativo, em síntese, deverá manter adequados os atos exarados pela Administração à lei correspondente que lhe dá autorização para a sua criação, isso porque é evidente que a Administração Pública deve sempre, e em qualquer hipótese, estar condizente com aquilo que a Lei determina que ela faça.

Para que aja sempre amparada sob o manto da lei, o controle administrativo, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹³, possui três objetivos: o de confirmar os atos dados pela Administração como legítimos ou adequados; o de corrigir algum ato que considerado ilegal ou inconveniente, é retirado do mundo jurídico e refeito, agora compatível com a legalidade ou com a conveniência administrativa; por último, objetiva a alteração, por meio do qual a Administração ratifica uma parte e retifica outra.

Para que o controle administrativo possa ser concretizado, é necessário que existam meios aptos a realizarem esse controle efetivamente. Assim, os meios de controle são os instrumentos jurídicos hábeis a efetivarem a realização desse controle.

Uma das formas de controle existentes é o controle ministerial. Consiste no controle realizado pelos Ministérios sobre os órgãos de sua estrutura administrativa, bem como sobre as pessoas da Administração Indireta federal. No primeiro caso temos controle direto por subordinação, como bem desenhado pela Teoria do Órgão, enquanto que no segundo caso se fala em controle externo por vinculação, caso em que recebe o nome de *supervisão ministerial* nos termos do Decreto-lei nº 200/67.

Outra forma de controle administrativo consiste na hierarquia orgânica, que corresponde ao sistema organizacional da Administração que a organiza por meio de

¹¹ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 349.

¹² DI PIETRO, M.S.Z., *op.cit.*, 2014, p. 810.

¹³ CARVALHO FILHO, J.S. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1011.

um escalonamento composto por diversos patamares, formando o que se denomina de via administrativa.

Há ainda o direito de petição como forma de controle administrativo, posto que por meio dele qualquer administrado pode pleitear aos órgãos Públicos a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Este direito é de demasiada amplitude, razão pela qual é correto afirmar que o administrado poderá pleitear direitos individuais e coletivos, posto que a norma fundamental que o assegura não restringiu o seu objeto.

A revisão recursal é outro reconhecido meio de controle dos atos administrativos, visto que ela implica na possibilidade de interessados insurgirem-se formalmente contra certos atos, lesivos ou não a direito próprio, sempre pugnando a reforma de determinada conduta.

O controle social também é outra forma de controle administrativo, que consiste no controle realizado por segmentos oriundos da sociedade, ou seja, é controle exógeno do Poder Público nascido nas diversas demandas dos grupos sociais, pois permite a participação ativa de cidadãos em geral no processo de exercício do poder. São todos mecanismos de controle administrativo, entretanto de nada valerão se não houver real deliberação de implementação destes instrumentos.

Há também o denominado Controle Legislativo dos atos públicos. Trata-se da prerrogativa concedida ao Poder Legislativo para fiscalizar a Administração Pública em face dos critérios político e financeiro. Este controle tem fundamento constitucional, visto que, em respeito ao princípio da separação de poderes, nenhum Poder poderá interferir no pleno desenvolvimento de outro, sem que haja autorização emanada pela Constituição Federal para tanto.

O controle legislativo abrange os atos do Poder Executivo e eventualmente, alguns atos do Poder Judiciário, não podendo deixar de mencionar que ele realiza controle interno de seus próprios atos, conforme mencionado anteriormente.

Outra espécie de controle que a Administração se submete com relação aos atos que expede é o controle judicial, que se dá por meio do poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário.

Tal controle incide especificamente sobre a atividade administrativa do Estado, seja qual for o Poder onde esteja sendo desempenhada. Será sempre realizado mediante provocação, quando este controle não incidir sobre seus próprios atos, podendo ser prévio ou posterior.

O controle jurisdicional dos atos administrativos importa em princípio inerente à Administração, como forma de assegurar a busca pelo interesse público, da melhor maneira possível. Assim sendo, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direitos será apreciada pelo juízo competente.

Para que o controle judicial possa ser devidamente exercido, é necessário que existam instrumentos aptos à garantia deste exercício. Para tanto, existem modalidades específicas e inespecíficas de controle judicial.

Os meios inespecíficos são aqueles em que qualquer pessoa poderá pugnar por seus direitos na esfera judicial, ou seja, os meios inespecíficos são representados por aquelas ações judiciais onde qualquer jurisdicionado podem se socorrer, são as ações que não exigem necessariamente a presença do Estado em qualquer dos polos

da relação processual, enquanto que os meios específicos tratam-se daquelas ações que exigem a presença no processo das pessoas administrativas ou de seus agentes.

As ações judiciais de controle sobre a Administração podem ser utilizadas tanto em caso de lesão efetiva, quanto na hipótese de ameaça a direito ou interesse particular. Geralmente o controle judicial é realizado posteriormente à expedição do ato, ou seja, depois que os atos são produzidos e ingressam na esfera jurídica é que o Judiciário atua, mediante provocação do jurisdicionado.

Todavia existem situações peculiares que autorizam o controle prévio do Judiciário, que ocorre como um meio de evitar que direitos individuais ou coletivos sejam irreversivelmente violados, sem que haja a possibilidade de seu reestabelecimento. Tal controle se fundamenta por ser assegurado a qualquer pessoa a tutela jurisdicional em face de eventual ameaça de lesão a direito.

As leis processuais preveem a tutela preventiva, ensejando a possibilidade de o juiz sustar os efeitos de atos administrativos através de medidas preventivas liminares, quando presentes os pressupostos de plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o risco de haver lesão irreparável pelo decurso do tempo (*periculum in mora*). Tais medidas, além de contempladas no estatuto processual comum, têm previsão em leis especiais, como a que regula o mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009); a ação popular (Lei nº 4.717/1965); e ação civil pública (Lei nº 7.347/1985)¹⁴.

Mencione-se, novamente, os elementos específicos para a criação do ato administrativo, no sentido de esclarecer a atuação do controle jurisdicional. O ato administrativo é composto por cinco elementos, ou requisitos, específicos, quais sejam a competência, a finalidade, a forma, o objeto e o motivo, que são os pressupostos necessários para a sua validade.

Acontece que o ato administrativo se subdivide em duas espécies, quais sejam o ato vinculado e o ato discricionário. O ato vinculado terá todos os seus elementos previamente determinados na legislação que autoriza a sua expedição, assim qualquer violação ou descumprimento representará sempre o descumprimento da lei, logo o ato vinculado se sujeita a vício único de ilegalidade e as ilegalidades estão, em qualquer caso, sujeitas a controle pelo Judiciário no exercício da tutela jurisdicional¹⁵.

O ato discricionário, por sua vez, ao contrário do vinculado, não delimita previamente de maneira integral a situação fática, transferindo ao agente análise da eventual ocorrência da hipótese de incidência que vier a atender critérios de caráter administrativo, quais sejam a oportunidade e a conveniência. É o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo maior liberdade de atuação, com o devido respeito aos princípios administrativos.

Mesmo no ato discricionário, alguns requisitos são previamente especificados, enquanto o motivo e o objeto são passíveis de escolha pelo administrador. Esses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o mérito administrativo.

¹⁴ CARVALHO FILHO, J.S.. *Op.Cit.*, 2014, p. 1034.

¹⁵ A Administração também aprecia e controla as próprias ilegalidades através do exercício da autotutela. Porém, em lei (9.784/99) há previsão de limite temporal de cinco anos para seu exercício.

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes são vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público¹⁶.

Acontece que, o órgão jurisdicional não possui plena liberdade para apreciar as escolhas realizadas pelo administrador, motivo pelo qual a doutrina afirma que o controle jurisdicional não poderá ser realizado com relação à conveniência e oportunidade da elaboração do ato.

4 Extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários

De toda análise efetuada até aqui, podemos extrair que apenas o ato administrativo discricionário é eivado de mérito optativo, ou seja, apenas esta espécie de ato possui motivo e objeto passíveis de apreciação pelo administrador quanto à sua edição, sob o enfoque do que busca atingir no caso concreto. Em síntese, mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e a oportunidade, cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública.

Antes da edição da Constituição Federal de 1988, afirmava-se que o Judiciário não poderia examinar o mérito dos atos administrativos. Inúmeros são os julgados em que o jurisdicionado pleiteia a revisão de determinado ato exarado pela Administração, onde o julgador ao perceber que o pedido era relativo a uma decisão discricionária do administrador, quicá chegava a examinar o pleito sob a argumentação de tratar-se de fato estranho à sua competência jurisdicional. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

O mérito se trata de vocábulo consagrado no Direito brasileiro e que, durante muito tempo, tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração. [...] O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito insuscetíveis de controle judicial. [...] Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele simplesmente se eximia do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito¹⁷.

Mais recentemente, após a edição da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido à esta ideia de indiscutibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre a análise do mérito administrativo. Com o decurso do tempo, diversas teorias foram elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. Importante ponderação sobre a evolução do controle do mérito é feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando sintetiza que,

¹⁶ CARVALHO FILHO, J.S.. *Op. Cit.*, 2014, p.125.

¹⁷ DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 226.

A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado por uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes¹⁸.

Necessária, portanto, a análise das principais teorias que justificam o controle judicial do mérito administrativo.

A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público. O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diverso do que a lei fixou, ou seja, comete abuso, excesso ou desvio do poder, quando fundamenta a edição de atos normativos visando atingir interesses escusos, alheios à busca do interesse público, implicando na violação dos limites da lei, ocasionando a ilegalidade do ato.

Quando isso ocorre, fica autorizado o Poder Judiciário a decretar a nulidade do ato, visto que a Administração fez o uso indevido da discricionariedade. Deve ser levada em conta a premissa de que o interesse público encerra o interesse da coletividade, ou seja, busca um interesse além do indivíduo. O interesse do indivíduo é tutelado pelo direito civil, e tem como pano de fundo a propriedade privada, enquanto o interesse público é tutelado por uma série de princípios e normas que versam sobre o direito público.

O interesse individual será relativo à autonomia da vontade, enquanto que, perante a Administração, contrariamente, está-se no reino da finalidade obrigatória que é a busca incessável pelo bem estar coletivo. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 52), “na propriedade a vontade é comandante; na administração, a vontade é serviente”.

É importante notar que qualquer atitude tomada pelo administrador que não vise única e exclusivamente ao atendimento do interesse público, é eivada de vício posto que a vontade do administrador como indivíduo, não deve ser, sequer, levada a efeito. Logo, se ele, expede um ato administrativo visando a atingir interesse próprio, escuso, alheio ao interesse público, há o desvio de poder. Entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição.

O desvio de poder se trata de uma modalidade de “abuso de direito”,

Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível

¹⁸ DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 228

em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica. Tratando-se, como se trata, de um comportamento que desgarra do fim legal, é, em suma, uma transgressão da lei. Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade¹⁹.

A teoria dos motivos determinantes por sua vez, permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato. Esta teoria baseia-se no princípio de que o motivo dado pelo administrador para a expedição do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade.

Quando a motivação de um ato apontar determinado motivo como fundamental para aquela decisão ou medida, ele passa a vincular a validade do ato. Este motivo assinalado deve ser verídico e existente. Ao contrário, quando este motivo for inverídico ou inexistente, caberá ao Judiciário decretar a ilegalidade desta motivação, anulando o ato com efeitos “*ex tunc*”. Esta teoria é aplicada a todos os atos motivados, sejam eles vinculados, discricionários e até mesmo os atos “*ad nutum*”²⁰.

Se acontecer de uma motivação constar mais de um motivo como determinante para a expedição do ato, e vários destes forem comprovadamente inverídicos ou inexistentes, basta que apenas um deles seja considerado verídico e existente para que a anulação do ato não ocorra. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos dados pelo administrador para a expedição do ato, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é uma causa geradora da discricionariedade, também reconhecida como uma das razões que dão ensejo ao controle judicial dos atos discricionários.

A aceitação de conceitos jurídicos que possuem mais de um significado decorrente exclusivamente da zona de interpretações possíveis de um mesmo signo, permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados mérito.

Sustenta-se que, quando o legislador emprega esse tipo de conceito, não haverá, necessariamente, a discricionariedade, isso porque ela não existirá se houver elementos objetivos extraídos da experiência, que permitam a delimitação do intuito legal, chegando-se a uma única solução válida diante da norma.

Exemplo citado pela doutrina consiste no afastamento de ofício, do funcionário público em situações de incapacidade. O único sujeito hábil a afirmar tratar-se de incapacidade seria um perito técnico no assunto, não havendo a possibilidade do administrador decidir por critérios subjetivos.

A chamada constitucionalização de princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Op. Cit.*, 2012, p. 57.

²⁰ São atos que não dependem de motivação, mas foram espontaneamente motivados. Esta motivação, ainda que desnecessária, passa agora a vincular o responsável pela edição do ato, quanto à sua veracidade e existência.

Com essa teoria o conceito de legalidade adquiriu um novo sentido, mais amplo, que abrange a necessidade de respeitar ao máximo não só os atos normativos propriamente ditos, mas também os princípios e valores previstos expressa e implicitamente na Constituição. O entendimento atual passou a sustentar que nossa lei maior deve ser amplamente respeitada, incluindo-se aí também o respeito às regras e aos princípios nela consagrados. Afirma-se que a Constituição não pode ser encarada como uma mera carta de intenções, mas sim, como uma lei plenamente hábil a produzir plenos efeitos desde a sua elaboração²¹.

No preenchimento dos elementos em branco ou indefinidos, o administrador escolherá fatos e circunstâncias que motivem o preenchimento destes elementos demonstrando ser oportuno e conveniente a prática deste ato ao interesse público. A escolha desses fatos e circunstâncias deverá obedecer às intenções e limites da lei, ou seja, os fatos e circunstâncias devem ser razoáveis e proporcionais, portanto adequados aos limites legais.

A partir do momento em que o legislador fundamenta a prática de seus atos com motivos inconvenientes ou inoportunos, estará ele infringindo a lei, e portanto, tais atos serão passíveis de controle judicial.

Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito²².

É importante ressaltar que, ao Judiciário caberá a análise das opções cabíveis ao administrador no caso concreto que atingem à finalidade da edição do ato, com o devido respeito ao interesse público. É necessário verificar se a opção adotada pelo administrador estava presente dentre as existentes, sendo que em caso positivo, o ato é regular e deve prevalecer, ainda que o juiz entenda que outro deveria ser o ato adotado.

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto²³.

A opção do administrador, desde que seja plenamente aplicável, deve sempre ser respeitada quando observar a legalidade, ainda que outra pareça melhor ao juiz, isso porque, a discricionariedade é cabível para o administrador, e não para o órgão julgante.

²¹ É esse o principal argumento que assegura a judicialização dos atos exarados pelo administrador, isto porque, como os princípios estão inseridos em nosso documento constitucional maior, qualquer atitude emanada por quem quer que seja competente, passa a ser passível de apreciação do Judiciário, para verificação do respeito ao mandamento constitucional.

²² DI PIETRO, M.S.Z. *Op.Cit.*, 2014, p. 228

²³ BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Cit.*, 2009, p. 426.

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivo ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. Poder-se ia afirmar que estão controlando no sentido antigo da expressão, mas não no sentido atual. Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário. **Não se pode confundir controle de mérito com controle dos limites legais da discricionariedade**²⁴ (g.n.).

Ao analisar o caso concreto, o juiz verificar que a atuação do administrador está fora das opções possíveis, o ato adotado estará eivado de vício, por ser inoportuno ou inconveniente, ou ainda, por desrespeitar à sua finalidade máxima, qual seja, a busca pelo atingimento do interesse público. Neste caso, o controle judicial deverá ser plenamente exercido, com a determinação judicial de que o ato analisado deve ser anulado, com a devida expedição de um novo ato que respeite à conveniência e oportunidade de sua expedição. Esta teoria dá ensejo a duas situações no caso concreto: ela limita a discricionariedade do administrador, ao mesmo tempo que amplia o poder de controle do Judiciário.

5 Possibilidade de controle judicial de Atos Administrativos que visam o implemento de políticas públicas

São direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, tudo na forma do disciplinado pela Constituição Federal. Trata-se de um desdobramento da perspectiva do Estado Social de Direito, sendo reconhecidos como os de segunda dimensão, assim, impõe ao Estado um dever de prestação positiva (“direitos prestacionais”), e tendem a concretizar uma perspectiva de isonomia substancial e social.

No período em que a Constituição fora redigida, nosso país passava por um processo muito forte de redemocratização, saindo de um longo período de desrespeito aos direitos fundamentais, e por esta razão o constituinte originário deu grande abrangência aos direitos sociais, e sua disciplina está descrita por toda Constituição.

Os direitos sociais se submetem a um processo gradual de concretização, isso porque estão previstos em normas constitucionais programáticas, com a necessidade de integração ou complementação, e a sua implementação, em regra, é onerosa, ficando na dependência da existência de recursos financeiros e orçamentários, que são finitos.

As normas constitucionais, entretanto, mesmo programáticas, são dotadas de eficácia jurídica, ou seja, aquilo que está previsto na Constituição Federal, não deve ser encarado como promessa constitucional inconsequente.

²⁴ DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 228.

O Brasil ratificou o pacto de São José da Costa Rica, o qual determina que os Estados-partes comprometeram-se a adotar providências no intuito de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais, na medida dos recursos disponíveis, por todas as vias apropriadas. Como o tratado fora devidamente ratificado, ele é pleno e eficaz, não podendo ser encarado como letra morta, razão pela qual, atualmente todas as esferas de poder se mobilizam para atingir os fins estipulados pela legislação vigente²⁵.

Os direitos sociais tendem a ser concretizados por intermédio da criação das políticas públicas, as quais são criadas pelo governo para atingir os anseios da sociedade, que clama pelo pleno desenvolvimento determinado por nossa Constituição.

As políticas públicas têm foco de interesse no direito público, por tratar-se de um instrumento de realização social, embora não exista delimitação jurídica para tanto. Esta matéria transita livremente entre a ciência política, o direito constitucional e o direito administrativo.

Atualmente, a pressão social exercida pelo Poder Judiciário e também pela própria sociedade que tomou consciência do fator de imposição que exerce, passou a ser considerada pelo Poder Executivo, de forma que observamos, atualmente, uma verdadeira tentativa de busca pelo bem comum, ou seja, o implemento desses direitos subjetivos acontecem num grau de concretização muito mais factível do que outrora.

É dever do Estado a realização das ações efetivas, sendo assim, caberá a ele atuar incessantemente pelo atingimento do desenvolvimento social. Não poderá deixar de agir sob a mera alegação de que não dispõe de verbas para tanto, pois é notório e sabido por todos que os recursos para o implemento das políticas públicas são finitos, entretanto, tal argumento é demasiadamente fraco frente a força imperativa de concretização dos direitos sociais e da necessidade estatal de busca do bem estar social, não podendo ser utilizado para refutar a atuação estatal.

A Constituição Federal de 1988 fora elaborada com a característica de ser programática e dirigente ou diretiva. Assim, por meio dos programas vinculantes de governo, ela preordena a atuação do administrador, não importando qual ideologia partidária encontra-se no poder, visando sempre um ideal a ser concretizado.

No intuito de dar liberdade maior ao administrador na busca do melhor desenvolvimento da sociedade que administra, é que lhe fora concedida a possibilidade de elaboração e implemento das políticas públicas, visando sempre o interesse público.

A constituição impõe seus objetivos sociais, ou seja, fixa as metas estatais que são as direções para o Estado seguir, entretanto, não determina os meios exatos para que esses fins sejam alcançados. Esse é, como fora explanado anteriormente,

²⁵ “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Cf. BRASIL, Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

um dever da Administração, que na busca incessável pelo “bem comum”, concretiza interesses públicos.

Desta maneira, as políticas públicas são definidas como “o governo em ação”, ou seja, o governo elabora um projeto definido, para então mobilizar recursos orçamentários, humanos, informacionais, legais e logísticos, para concretizar o objetivo traçado no projeto criado. Maria Paula Dallari Bucci, sintetiza que

Política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas, cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito²⁶.

As políticas públicas são os instrumentos ofertados ao governante eleito, que na condição de administrador da máquina pública, deve realizar o bem comum, implementando-as por atos que poderão ser vinculados ou discricionários, de acordo com a margem de liberdade que lhe é concedida.

Diante do quadro que fora desenhado, os poderes originariamente competentes para a elaboração, criação, desenvolvimento e implemento das políticas públicas, quedaram-se lentos, quando não inertes, na efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Muitas das políticas públicas previstas têm suas premissas materiais fundantes estabelecidas no texto constitucional, as quais são implementadas lentamente, ou ainda, parcialmente (quando não são simplesmente menosprezadas), apesar da grande demanda social que pugna por sua concretização.

A demora no implemento de políticas públicas se deu porque, diante da posição privilegiada da Administração Pública, outros interesses foram prestigiados em detrimento daqueles que realmente tendem a buscar igualdade social. Eventual descaso da Administração e do Legislativo, que tomam tempo e recursos públicos com temas alheios ao interesse público, levaram os jurisdicionados a socorrerem-se do Judiciário, no intuito de finalmente conseguirem ter seus direitos vislumbrados.

Esclareça-se que nos moldes em que foi elaborada, a Constituição Federal de 1988 é deveras analítica, fruto de uma constitucionalização abrangente. Assim, ela trata das mais variadas temáticas, o que potencializa a possibilidade do judiciário discutir todos os temas que nela estão inseridos.

O Poder Judiciário no implemento destas políticas passa a ser protagonista quando, “atuando no papel de guarda da vontade geral contida nos princípios positivados na ordem jurídica, [o Judiciário] surge como alternativa importante para a garantia da cidadania, no contexto de uma pauta de facilitação do acesso à justiça”²⁷.

É justamente no momento em que toma para si o papel de protagonista da concretização de políticas públicas que foi possível visualizar um aumento descomunal da atuação do Judiciário, posto que é direito consagrado

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

²⁷ SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. Políticas judiciais no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas no Brasil. Revista do serviço público. Brasília, 2011, p. 120.

constitucionalmente o acesso à ele, ou seja, a Constituição expressamente determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa situação de protagonismo jurídico levou, atualmente, ao grande destaque de nossa Suprema Corte Constitucional que passou a assumir papel relevante no debate das grandes questões nacionais, transformando-se no grande articulador dos debates políticos. É essa, inclusive, a grande questão teórica analisada no artigo de Oscar Vilhena.

[...] ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia.

Difícil julgar se o fenômeno da supremocracia é positivo ou negativo, ainda mais quando o discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo. [...] por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas²⁸.

A inércia dos Poderes competentes dá ensejo a uma atuação judiciária que embora inflada, é correta e pertinente em muitos pontos, sendo ainda objeto de críticas infundadas por parte daqueles que não concordam com ela, dando um caráter pejorativo à essa atuação.

Observa-se que a omissão na tomada de decisão sobre políticas públicas não é algo que se dá exclusivamente por proclamada insuficiência de recursos, mas pelo exercício do poder; não colocar em pauta temas que não interessam aos grupos que detém o poder. Quando o Poder Judiciário, exercendo sua função judicante, decide sobre políticas públicas, os que trabalham para deixá-las encobertas ou latentes se manifestam contra, com o argumento simplista de ingerência judicial nas políticas públicas, ativismo judicial ou outras denominações²⁹.

O aumento da influência exercida pelo Poder Judiciário está relacionada com o enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática desenhada como conhecemos. Foi uma opção do legislador constituinte dar essa larga margem de atuação ao Poder Judiciário³⁰ que acarretou na atualmente discutida crise de transição paradigmática, visto que resta evidente que essa atuação poderá resultar não apenas na mera interpretação da lei, mas agora também atuará como verdadeiro fiscalizador e aplicador dos direitos que nela estão positivados.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rev. Direito GV, Dez. 2008, vol. 4, n.º2, p.443.

²⁹ SANTOS, Paulo Ernani Bergamo. *Poder Judiciário e Políticas Públicas*. In Rev. Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2014, p. 225.

³⁰ Por meio do controle constitucional concentrado e também pelo controle difuso.

A Assembleia Constituinte de 1988 deu ao Poder Judiciário matéria-prima que lhe permite adentrar em questões morais que no mais das vezes residem no campo das opções políticas e legislativas da sociedade, ou que deveriam ser desenvolvidas em um processo de amadurecimento com ampla participação dos atores sociais³¹.

É por estas razões que o Judiciário inflou-se sobremaneira no cenário atual, e seu protagonismo passou a ser evidente, em face dessa mencionada omissão dos demais Poderes em solucionar as questões até aqui abordadas. O Poder Judiciário atua cada vez mais como protagonista na solução destas demandas para resolver sobre os direitos sociais, o que tem suscitado um debate sobre os limites da atuação judicial nessa temática.

6 Conclusão

O presente artigo se propôs ao exame do controle dos atos expedidos pela Administração Pública como um dos instrumentos mais importantes que visam garantir a prevalência do Estado Democrático de Direito. As formas de controle atualmente existem para assegurar uma atuação escorreita por parte de qualquer integrante da Administração Pública, esclarecendo quais os atos e atitudes praticadas pelo administrador e pelos funcionários públicos são passíveis de ser submetidas à controle.

O Poder Judiciário de maneira ampla está cada vez mais atuante em setores políticos da Administração Pública, seja para julgar as escolhas efetuadas pelos verdadeiros competentes, seja para agir nos casos de omissão deliberada.

Tal atitude, como toda ação humana, possui sua face positiva, bem como a face negativa. Essa atitude percebida atualmente em todo o Judiciário, desde o juiz de primeiro grau, até mesmo ao Ministro do Supremo, confere grande poder de atuação ao Magistrado, que se usado de forma incontrolável ou então exacerbada, poderá provocar grande crise institucional. Entretanto, é evidente que os guardiões da lei, não devem quedar-se inerte ante casos concretos de evidente afronta aos direitos fundamentais.

É muito tênue a linha que baliza uma atuação protetora dos direitos e garantias fundamentais com uma atitude extremada pautada pela afirmação de que o Judiciário chegaria ao ponto de legislar, invadindo competência alheia à sua judicante.

No Estado Democrático de Direito, o bem estar social deve ser o objetivo visado por toda e qualquer instância pública, razão pela qual toda atitude perpetuada por todo e qualquer funcionário público, deve ser pautada pelos princípios que regem o Direito Público de uma forma geral.

Dado esse caráter, a necessidade de controlar os atos são mais do que evidentes, elas são pujantes à estabilidade e bom funcionamento do setor público na vida de todos os administrados.

Com relação ao objeto final desta pesquisa, percebe-se que o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do Século XX e ela

³¹ FERREIRA, Eber de Meira. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 66.

prevalece no Brasil com a redemocratização e a Constituição Federal. O Constitucionalismo não implica em democracia, na verdade trata-se do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, enquanto democracia é a soberania popular e governo da maioria.

Entre constitucionalismo e democracia, muitas vezes surgem tensões, em razão de ação ou omissão dos poderes competentes. Para arbitrar essas tensões cria-se a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional. O Supremo, no Brasil, desempenha dois grandes papéis. O primeiro é o de ser contra majoritário, ou seja, o órgão sobrepõe a sua vontade e a faz prevalecer sobre a vontade do legislativo ou do executivo. Esse papel contra majoritário sempre mobilizou a doutrina sobre se ele seria ou não democrático. Afirma-se que ele é democrático porque isto é feito em nome e em reforço da democracia, tendo em vista que a democracia é mais do que a simples vontade popular.

O outro papel é o de órgão representativo. Este papel é negligenciado pela doutrina que não cuida dessa circunstância, porque na democracia todo poder político é representativo, de modo que o judiciário também desempenha um papel representativo.

O Judiciário precisa intervir para atender as necessidades sociais, devendo levar em conta o sentimento majoritário da opinião pública, entretanto ele não pode ser subordinado à essa opinião pública, não pode ser mais uma instância da política majoritária, isso porque as vezes a democracia depende de um órgão autônomo e independente que diga não, inclusive às maiorias quando elas tenham abusado.

Em suma, os desdobramentos dos processos democráticos, econômicos e de integração dos atos administrativos exarado para a concretização de políticas públicas merecem atenção especial quando relacionados ao contexto do controle judicial desses atos políticos, tendo em vista um conjunto, por um lado, de características que são peculiares a este formato jurídico, e, por outro, de singularidades que permeiam sua positivação. Estes elementos interferem decisivamente sobre premissas, o desenvolvimento de considerações e o resultado de análises.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, 2009.

BRASIL, Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público (Ministério Público defensor do povo)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Paulo Ernani Bergamo dos. Poder Judiciário e Políticas Públicas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 219-238, 2014.

SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. Políticas judiciais no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 62, n. 2, p. 119-136, abr./jun. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. Direito GV*, v. 1, 4, n. 2, p. 441-461, dez. 2008.

Recebido em: 4 de março de 2018.

Aceito em: 16 de agosto de 2018.